



El hiyab en el Derecho de la Unión Europea: reflexiones sobre el principio de neutralidad religiosa y el concepto de discriminación

di Pablo Meix Cereceda*

Abstract: In October 2022, the ECJ ruled that companies may ban the use of religious symbols by employees if the prohibition concerns any kind of religious symbol. The ruling was based on the concept of direct discrimination, which seems inadequate. The paper examines previous case law (from 2017 to 2021) in order to explain how the ECJ has come to confuse direct and indirect discrimination. A conceptual distinction between both kinds of discrimination is subsequently proposed. In addition, the concept of religious neutrality is critically examined before concluding that it is a form of religious identity. Lastly, the discourse of institutional identities is critiqued.

SOMMARIO: 1. Una nueva sentencia sobre los símbolos religiosos en el medio laboral: *L.F. contra S.C.R.L.*, de 13 de octubre de 2022. – 2. Algunos precedentes de la Gran Sala sobre la discriminación. – 2.1. *G4S Secure Solutions*. – 2.2. *Boungaoui y Association pour la défense des droits de l'homme*. – 2.3. *WABE y MH Müller Handels*. – 2.4. *Hospital Clínico Babiński*. – 3. Consideraciones sobre el concepto de discriminación en la Directiva 2000/78 y en la jurisprudencia del TJUE. – 3.1. *La religión y las convicciones como objeto de protección*. – 3.2. *Consideraciones sobre la discriminación directa*. – 3.3. *La discriminación indirecta. En especial, la neutralidad religiosa como justificación de la desventaja particular*. – 3.4. *La discriminación indirecta «desactivada» por el TJUE desde el año 2021. Una propuesta técnica*. – 4. Hacia una crítica de las identidades institucionales.

1. Una nueva sentencia sobre los símbolos religiosos en el medio laboral: *L.F. contra S.C.R.L.*, de 13 de octubre de 2022

El 13 de octubre de 2022, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia relativa al pañuelo islámico que cubre el cabello de la mujer

* Profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); versione definitiva ricevuta il 22 aprile 2023.



(*hiyab*). En particular, la sentenza analiza la imposición de una regla de neutralidad religiosa en la empresa donde aspiraba a ser contratada la recurrente. Se trata del caso de *L.F. contra S.C.R.L.* (C-344/20), que fue remitido en un procedimiento prejudicial por el Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas.

Los hechos del procedimiento, recogidos en los puntos 14 a 18 de la sentencia, se pueden resumir como sigue:

La Sra. L. F., estudiante de formación profesional en ofimática (*burotica*, en italiano), es de confesión musulmana y lleva el pañuelo islámico. El 14 de marzo de 2018, la demandante presentó una candidatura espontánea a S.C.R.L. para realizar allí unas prácticas no remuneradas de seis semanas.

En la entrevista que mantuvo con los responsables de S.C.R.L., estos expresaron una opinión positiva en cuanto a su candidatura y le preguntaron si aceptaría atenerse a la regla de neutralidad adoptada en S.C.R.L.

Dicha regla de neutralidad (art. 46 del reglamento laboral de S.C.R.L.) requiere a los trabajadores que se comprometan a «respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa» y a «no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean».

La demandante comunicó a los responsables de S.C.R.L. que se negaría a retirarse el pañuelo y a atenerse a dicha regla de neutralidad.

Al no haberse cursado su candidatura, en abril de 2018, la demandante volvió a solicitar unas prácticas en S.C.R.L. En esta ocasión, la propia demandante proponía cubrirse la cabeza con otro tipo de tocado. La empresa, sin embargo, le informó de que no podía ofrecerle tales prácticas, dado que en sus instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, ya fueran gorras, gorros o pañuelos.

Ante esa respuesta, la Sra. L.F. demandó a la empresa ante el Tribunal Laboral Francófono de Bruselas. En su defensa, S.C.R.L. argumentó que su reglamento no genera una discriminación directa, basándose en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto *G4S Secure Solutions* (14 de marzo de 2017, asunto C-157/15).



El Tribunal de lo Laboral decidió suspender el procedimiento y formular tres cuestiones prejudiciales en referencia a la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La primera cuestión se refiere al *objeto* de la Directiva (art. 1: «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato»). El juez belga preguntaba si la religión y las convicciones son dos aspectos de un mismo criterio de protección o si, por el contrario, pueden ser interpretados como dos criterios distintos. Al leer la sentencia y, en especial, las complejas conclusiones de la abogada general Medina, se comprende el sentido de este primer problema: en teoría, si se considerasen como dos aspectos de un mismo criterio, es de suponer que el ámbito protegido sería menos extenso, dado que sería más difícil identificar un sustrato común entre las convicciones religiosas y otro tipo de convicciones. Si, por el contrario, se considerasen como aspectos distintos, el grupo de referencia para examinar una posible discriminación tendría mayor homogeneidad, y con ello, según explica la abogada general, sería posible profundizar en la protección de cada grupo.

La segunda cuestión se relaciona con la primera. En concreto, para el caso de que la Directiva protegiese la religión y otras convicciones como *un solo criterio*, el Tribunal de lo Laboral deseaba saber si un juez nacional puede continuar interpretando, en el Derecho interno, las convicciones religiosas, filosóficas y políticas como *criterios distintos*, para no reducir el nivel de protección contra la discriminación.

La tercera cuestión prejudicial es, a mi parecer, la más importante y, en parte por ese motivo, también la más problemática de las tres. El Tribunal de lo Laboral solicitaba con ella una interpretación del artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva. Este precepto establece lo siguiente: «Existirá discriminación *directa* cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1».



La letra b), por otra parte, define la discriminación *indirecta* en los siguientes términos: «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción [...], salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios [...]».

En su tercera cuestión, el tribunal remitente (*di rinvio*) requería a Luxemburgo que se pronunciase sobre la comparación entre la situación de la mujer que porta el hiyab y otras situaciones con diversos matices: trabajadores que no necesitaban expresar sus convicciones religiosas, políticas o filosóficas; trabajadores con otro tipo de convicciones (artísticas, estéticas, deportivas, musicales) que sí las manifiestan por medio de su vestimenta; trabajadoras que llevan un pañuelo por motivos religiosos pero que pueda ser difícil de diferenciar de otros símbolos; o bien, trabajadores que llevan símbolos religiosos que no están expresamente prohibidos por la norma interna, como una barba de ciertas características.

Mas, de manera sorprendente, el Tribunal de lo Laboral sólo se interesaba por la interpretación de la letra a (discriminación directa), cuando en realidad es el concepto de discriminación indirecta el que parece más adecuado al caso concreto, dado que el reglamento de la empresa ordenaba a los trabajadores «no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean». Si el juez remitente hubiese preguntado por la discriminación indirecta, el Tribunal de Luxemburgo se habría visto obligado a estudiar con más detalle los *efectos* de la medida. En ese caso, es probable que el resultado hubiese sido parcialmente distinto, más parecido al del caso *G4S Secure Solutions* (*vid. infr.*), y con alguna referencia al riesgo de discriminación indirecta. Sin embargo, como revelan distintas sentencias, tanto entre los tribunales remitentes como en el propio TJUE, parece existir una cierta desconfianza, o al menos confusión, con respecto a la figura de la discriminación indirecta. Este será un aspecto importante del presente trabajo.



Para situar adecuadamente al lector, la respuesta del TJUE al asunto de fondo del caso *S.C.R.L.* fue desfavorable a la libertad religiosa: la empresa puede imponer un deber de neutralidad religiosa siempre que lo haga de manera indiferenciada para todos los símbolos. Algunos matices que permitirían atisbar elementos de flexibilidad, sin embargo, se omiten completamente de los puntos dispositivos. En este sentido, el resultado de algunas sentencias anteriores resultaba mucho más atinado.

En este momento, conviene dirigir la atención a algunos pronunciamientos anteriores sobre la discriminación, y especialmente en casos relativos al pañuelo islámico (apartado 2). Más adelante se profundizará en la argumentación del TJUE en el caso *S.C.R.L.* (apartado 3).

2. Algunos precedentes de la Gran Sala sobre la discriminación

En los últimos años, el Tribunal de Justicia de la Unión ha emitido al menos cuatro sentencias en materia de discriminación que merece la pena tener en cuenta. Me limitaré a unas breves consideraciones sobre ellas, ya que no es posible analizarlas con detalle aquí. En cualquier caso, conviene tener presente que todas las sentencias mencionadas en este apartado fueron dictadas por la Gran Sala.

2.1. *G4S Secure Solutions*

El 14 de marzo de 2017, el TJUE se pronunció en otro asunto belga que guardaba similitud con el de *S.C.R.L.*: el caso *G4S Secure Solutions* (C-157/15). El órgano remitente en este procedimiento era el Tribunal de Casación belga, que, al igual que el juez del caso *S.C.R.L.*, preguntaba exclusivamente por la discriminación directa. En *G4S Secure Solutions*, el Tribunal de Luxemburgo declaró que una norma de neutralidad sobre vestimenta en una empresa no incurre en discriminación directa. Sin embargo, y a diferencia del caso *S.C.R.L.*,



el TJUE añadió que esa norma puede suponer discriminación indirecta si no se justifica «objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes», o si los medios para la consecución de esta finalidad exceden de lo adecuado y necesario.

Como se ve, en *G4S Secure Solutions*, la Gran Sala superó los límites de la concreta cuestión prejudicial para introducir la reflexión sobre la discriminación indirecta. La Gran Sala, no obstante, se encontraba limitada por el contenido de la Directiva, que permite una práctica aparentemente neutra que tenga consecuencias particularmente desfavorables para personas con determinadas convicciones, aunque solo si se cumplen ciertas condiciones: que este trato se justifique con una finalidad legítima y, en segundo lugar, que existan ciertas condiciones de proporcionalidad (test de adecuación y test de necesidad).

Resulta particularmente importante el elemento de la finalidad legítima, que en el caso *G4S* se consideraba satisfecho con la apelación a un régimen de neutralidad en las relaciones de la empresa con los clientes. El argumento abstracto de la neutralidad, sin embargo, se puede criticar por distintas razones, como desarrollaré en el apartado 3.c.

2.2. *Bouagnaoui y Association de défense des droits de l'homme*

En el mismo día que la anterior, el 14 de marzo de 2017, la Gran Sala emitió otra sentencia en un asunto francés: *Bouagnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH)*, C-188/15. Esta nueva declaración resulta mucho más contundente al rechazar los prejuicios o ideas preconcebidas sobre las mujeres que portan el hiyab. En concreto, la Sra. Bouagnaoui, ingeniera en una empresa de consultoría informática, había sido despedida (*licenziata*) sin indemnización. La empresa había adoptado la decisión después de requerir a la Sra. Bouagnaoui que respetara la neutralidad religiosa en sus relaciones con los clientes, aunque no resulta acreditado si la empresa tenía en vigor una norma interna que impusiera tal neutralidad. De hecho, en su sentencia, el TJUE



encomienda al tribunal remitente que compruebe si existía tal norma interna de la empresa.

En cuanto a la cuestión prejudicial, el Tribunal de Casación francés preguntaba a Luxemburgo sobre la interpretación del artículo 4 de la Directiva. Según el TJUE, este artículo establece que «[...] los Estados miembros podrán disponer que *una diferencia de trato* [...] relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 *no tendrá carácter discriminatorio* cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, *dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante*, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado» (cursiva añadida).

No obstante, el texto del artículo en la versión oficial de la Directiva (publicada en el DOUE) es distinto de lo transcrito en el punto 7 de la sentencia. En efecto, la versión auténtica se refiere al caso de «actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona», con lo que su ámbito de aplicación sería mucho más limitado y no podría aplicarse a cualquier empresa. Es una diferencia importante que el TJUE no debería haber pasado por alto, ya que el artículo no parece aplicable al caso de una empresa de consultoría informática, y por lo tanto la respuesta debería haber sido más directa, sin necesidad de examinar las características del puesto de trabajo concreto.

Pero, continuando con el examen de la sentencia, el Tribunal de Casación se refería al «deseo manifestado por un cliente de que los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada de dicha empresa, ingeniero de proyectos, que usa un pañuelo islámico», y deseaba saber si dicha situación podría admitirse como un *requisito profesional esencial y determinante*.

En relación con ello, el TJUE declaró que «los deseos de un cliente [...] no pueden considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición». De este modo, el Tribunal rechazaba que ciertos prejuicios sociales sobre la vestimenta de trabajadoras musulmanas pudieran prevalecer, por la vía indirecta de la libertad de empresa, sobre el derecho de



tales trabajadoras a la libertad religiosa (ni, ciertamente, sobre su derecho al empleo). Es probable que en este razonamiento tuviera influencia la ausencia de una norma interna de neutralidad en la empresa, pero la concepción de fondo es favorable a la libertad religiosa individual y contraria a que la libertad de empresa acoja prejuicios islamófobos.

2.3. *WABE y MH Müller Handels*

Algunos años después, el 15 de julio de 2021, la Gran Sala se pronunció de nuevo sobre el hiyab en dos causas alemanas reunidas: *WABE y MH Müller Handels* (C-804/18 y C-341/19). En lo esencial, esta sentencia reiteraba el criterio definido en el asunto *G4S Secure Solutions*.

En efecto, el TJUE adoptó las siguientes conclusiones en los puntos dispositivos:

–Una norma interna (de una empresa) que prohíbe llevar símbolos políticos, filosóficos o religiosos visibles no constituye una discriminación directa si se aplica «de forma general e indiferenciada» a todos los trabajadores.

–Dicha norma de una empresa, aunque afecte en mayor medida a ciertos trabajadores, puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad ante sus clientes o usuarios. Para que esa norma sea admisible, deben cumplirse ciertas condiciones: en primer lugar, que el empresario «acredite» la necesidad de esta norma, basándose en las expectativas «legítimas» de sus clientes o usuarios y en las consecuencias desfavorables que la empresa sufriría sin el régimen de neutralidad; en segundo lugar, que la medida se aplique de forma «congruente y sistemática» a todos los trabajadores; en tercer lugar, que la prohibición se limite a lo estrictamente necesario en función de la gravedad de las consecuencias «reales» que se pretende evitar.

–«Una discriminación *indirecta* [...] solo puede justificarse» si afecta a toda forma visible de expresión de las convicciones. Si la prohibición se limitase a símbolos «vistosos y de gran tamaño», podría constituir una discriminación *directa* que no puede justificarse.



–«Las disposiciones nacionales que protegen la libertad religiosa pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de esta Directiva, al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones».

En síntesis, se pueden extraer cuatro ideas de esta sentencia:

En primer lugar, que las empresas pueden prohibir los símbolos religiosos (y que reflejen cualesquiera otras convicciones) si lo hacen de manera general y sin excepciones.

Como segunda idea, si esta prohibición produce un resultado especialmente desfavorable para ciertos trabajadores, ello puede justificarse por las expectativas legítimas de los clientes o usuarios y por el riesgo de que la empresa sufra consecuencias desfavorables. A ello me referiré con más detenimiento en el apartado 3.c.

En el tercer punto dispositivo, por otra parte, parece reflejarse cierta confusión entre los conceptos de discriminación directa e indirecta. Para el TJUE, si la diferencia de trato está justificada, entonces no constituiría discriminación (ni directa ni indirecta). Pero, si no está justificada, parece que el Tribunal automáticamente vendría a considerar la práctica en cuestión como discriminación directa. Desarrollaré esta idea en el apartado 3.d.

En cuarto lugar, el Tribunal admite que el Derecho de los Estados sea menos favorable a la libertad del empresario de fijar normas de neutralidad, exigiendo razones de más peso que las del propio TJUE (quien solo requeriría un temor más o menos fundado a perder clientes).

2.4. Hospital Clínico Babiński

Por último, conviene examinar con brevedad una sentencia dictada por la Gran Sala el 26 de enero de 2021. Se trata de un asunto polaco remitido por el Tribunal Regional de Cracovia, en concreto, el caso *Hospital Clínico Babiński* (C-16/19). Este caso no se refiere a una discriminación por el hiyab ni por motivos religiosos, sino a una discriminación por razones de discapacidad, que



es otro de los aspectos protegidos por la Directiva 2000/78. Se cita aquí porque la sentencia del asunto *S.C.R.L.* parece utilizarla, aunque veladamente, como justificación para limitarse a examinar la discriminación directa.

En el caso *Hospital Clínico*, unos trabajadores con discapacidades reclamaban el pago de una retribución a un empresario que había establecido un complemento salarial para aquellos trabajadores que hubieran aportado el certificado de discapacidad después de cierta fecha, negando dicho complemento a quienes lo hubieran aportado antes. El tribunal remitente preguntaba expresamente si tal diferencia, basada en un criterio «aparentemente neutro» y que no puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, era compatible con el principio de no discriminación. El juez polaco, como se aprecia, se refería a la noción de discriminación *indirecta*, y sólo a ella.

Sin embargo, y utilizando como precedente la sentencia *G4S Secure Solutions*, la Gran Sala no se limitó a examinar esa posibilidad. Y, en efecto, decidió que la diferencia de trato puede constituir al mismo tiempo una discriminación directa y una discriminación indirecta. Sobre el primer tipo de discriminación, el TJUE declaró que, si el empresario «conocía necesariamente» la situación de discapacidad en el momento en que estableció un determinado complemento salarial, la diferencia de trato podría constituir una discriminación directa. En segundo lugar, aunque la práctica fuera «aparentemente neutra», podría constituir una discriminación indirecta si se comprueba que ocasiona una desventaja particular a trabajadores con una discapacidad ostensible o que necesitan de ajustes razonables. Debido a ello, estos trabajadores habrían experimentado la necesidad de acreditar su discapacidad al empleador en un momento anterior al elegido por dicho empleador para reconocer el complemento salarial. Dado que la finalidad de la medida controvertida consistiría en «ahorrar costes» (*risparmiare sui costi*), la medida probablemente no resultaba justificada, extremo que debía comprobar el tribunal remitente.

Este razonamiento permite ciertas reflexiones. Por una parte, en cuanto al poder del Tribunal para orientar su razonamiento por vías distintas de las sugeridas por el órgano remitente. La idea parece justificada con carácter



general, mas resulta un tanto paradójica en este caso, dado que el problema responde sin mayor dificultad al esquema propuesto por el Tribunal Regional de Cracovia.

En efecto, y como segunda observación, no parece que *el conocimiento del empleador* de la discapacidad de algunos trabajadores equivalga necesariamente a un trato fundado en la discapacidad a los trabajadores con discapacidad (especialmente en una organización grande, como puede ser un hospital). En este sentido, podría discutirse la calificación de la discriminación como *directa*. Según explica la sentencia, la finalidad primaria de la discriminación parecía ser el ahorro de costes, y el TJUE consideró que este argumento no era suficiente para justificar la diferencia de trato. A mi juicio, y para concluir el análisis, todo este razonamiento se encuentra más próximo al concepto de discriminación indirecta. Sobre ello profundizaré en el apartado 3.d.

3. Consideraciones sobre el concepto de discriminación en la Directiva 2000/78 y en la jurisprudencia del TJUE

Conviene ahora ampliar el enfoque para reflexionar sobre la definición normativa de la discriminación en la propia Directiva 2000/78. De nuevo: en el artículo 2.2 de la Directiva se encuentran los siguientes preceptos:

a) *existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;*

b) *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:*

i) *dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios;*

[...]



Esta definición resultaba novedosa en comparación la tradicional de que «la igualdad exige tratar igual a los iguales (y desigual a los desiguales)». También contiene algunas innovaciones importantes en relación con las fórmulas tradicionales del Derecho constitucional interno. Al poner la atención en los intereses del individuo («trato menos favorable», «ocasionar una desventaja particular a personas»), la Directiva adopta una perspectiva subjetiva que puede llegar a ser útil en la lucha contra los prejuicios. No obstante, la fórmula no logra evitar la principal dificultad que, en términos pragmáticos, suscita el principio de igualdad, como es identificar con precisión las razones para tratar de manera igual, o diversa, dos situaciones concretas. Esto revela que el Derecho opera en función de convenciones más o menos extendidas que, en realidad, mutan de forma constante. Por otra parte, el reconocimiento de dos variantes (discriminación directa e indirecta) constituye un avance importante en términos históricos, aunque esta distinción ha producido algunas dificultades interpretativas, como se explicará.

Pero, aunque no corresponde hacer aquí un análisis exhaustivo de este artículo, sí merece la pena, al menos, detenerse en cuatro aspectos relevantes para el propósito de este trabajo: la religión y las convicciones como objeto de protección; la definición de la discriminación directa; la discriminación indirecta (y la posibilidad de que la desventaja sea justificada); la «desactivación» de la discriminación indirecta por el TJUE.

3.1. La religión y las convicciones como objeto de protección

La religión y las convicciones religiosas no solo se encuentran protegidas por la Directiva para la igualdad de trato, sino que también aparecen reconocidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Por una parte, en el artículo 21, que «prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de [...] religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier tipo...». Y, de manera más específica, en el artículo 10, relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho que «implica [...] la libertad de manifestar su



religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos».

Volviendo al análisis del caso *S.C.R.L.*, el órgano remitente había solicitado una comparación entre la situación de la mujer musulmana que porta el hiyab y la de otras prendas o caracteres propios de la imagen individual. El TJUE utilizará el artículo 21 de la Carta para interpretar la Directiva. En concreto, el TJUE considera que las «opiniones políticas o de cualquier otro tipo», por un lado, y las religiosas, filosóficas o espirituales, por otro, constituyen criterios diversos de protección. Dado que solo el segundo grupo queda incluido en la Directiva 2000/78, el Tribunal declina entrar en la comparación solicitada por el tribunal remitente.

Esta manera de argumentar se encuentra fundada en el contenido de la Directiva, pero es difícil negar que simplifica extraordinariamente la complejidad de un símbolo como el hiyab, que no solo refleja una adscripción religiosa, sino que a menudo obedece a un deber ético individual y supone, por ello, un determinado posicionamiento moral en la comunidad. En definitiva, el hiyab es parte de una profunda identidad cultural que no se limita a manifestar las convicciones religiosas, sino que con frecuencia es experimentado como una vía para «definir la identidad musulmana, servir como prueba de buena conducta, resistirse a la cosificación sexual, obtener más respeto, proteger las relaciones de intimidad y *proporcionar libertad*» (cursiva añadida). Así pues, el hiyab puede reflejar muchas otras convicciones y opiniones que van más allá del ámbito estrictamente religioso.

De acuerdo con ello, aplicar la Directiva de una manera estricta para negar la comparación del hiyab con otro tipo de símbolos que responden a convicciones políticas, o a simples razones estéticas, tiene el efecto paradójico de colocar la libertad religiosa en una posición más débil que estas otras convicciones excluidas de la propia Directiva. En este sentido, y de acuerdo con la Directiva, la norma de neutralidad de la empresa no evitaría que un hombre llevara una barba poblada, porque no es un atributo inequívocamente religioso, sino que puede responder a razones estrictamente estéticas. Un hombre musulmán solo encontraría impedimentos si admitiese expresamente que dicho



atributo obedece a sus convicciones religiosas. Tampoco se podría impedir a una mujer que pierde el cabello por efecto de un tratamiento médico que se cubriera la cabeza con un pañuelo o un turbante, porque ello no responde a razones religiosas. Parece pertinente preguntarse si se despediría a esta trabajadora por infringir la prohibición de cubrirse la cabeza (prohibición independiente que también existía en la empresa del caso *S.C.R.L.*).

Así, el TJUE reconoce el hiyab como símbolo eminentemente religioso que supera la dimensión estética. Sin embargo, tanto el hiyab como la barba poblada se asemejan a otros símbolos estrictamente estéticos. La extraña conclusión es que el Derecho de la Unión protege las preferencias estéticas más que las convicciones religiosas individuales.

Otro aspecto distinto que suscitan las convicciones como objeto de protección se refiere a la posibilidad de separar las convicciones religiosas, por un lado, y las convicciones filosóficas y espirituales (no políticas u otras), por otro lado. El tribunal remitente del caso *S.C.R.L.* había formulado dos de sus cuestiones prejudiciales al respecto: en particular, si la Directiva permitía un tratamiento separado de la religión y de otras convicciones filosóficas y espirituales y, en caso negativo, si los Estados miembros podían seguir interpretándolos como dos criterios distintos a efectos de aplicar una norma nacional más favorable. Según la abogada general Medina, considerar la religión como un criterio distinto de otras convicciones filosóficas y espirituales permitiría profundizar más en la especificidad de cada tipo de convicciones. Pero el TJUE, mediante una simple interpretación literal, rechaza esta posibilidad, utilizando no solo la redacción de la Directiva sino también la del artículo 21 de la Carta. De este modo, el Tribunal declara que todos estos términos configuran un único motivo de protección y que, por lo tanto, no pueden tratarse como criterios distintos.

Sin embargo, no conviene perder de vista que las convicciones religiosas, filosóficas y espirituales mantienen una profunda conexión con el valor y principio de la libertad, que es el origen teórico de la libertad religiosa. Como reconoce el propio TJUE:



[...] según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, tal como viene protegido por el artículo 9 de ese Convenio, constituye «uno de los pilares de una «sociedad democrática» en el sentido de dicho Convenio» y es «en su dimensión religiosa, uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida» y «un bien preciado para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes», que contribuye al «pluralismo – conquistado con duro esfuerzo a lo largo de los siglos –, consustancial a tal sociedad».

En este sentido, y aplicando la teoría elaborada en la doctrina constitucionalista sobre las limitaciones de los derechos fundamentales, tales limitaciones deben obedecer a un interés legítimo igualmente relevante, y además solo serán admisibles si respetan el principio de proporcionalidad. Así pues, no parece suficiente una simple interpretación literal de la Directiva o de la Carta para negarse a realizar un tratamiento diferenciado de ambos conceptos como dos criterios de protección, ni menos aún para impedir a los tribunales internos mantener interpretaciones de esta naturaleza cuando permitan un nivel de protección más elevado. Con esta idea no pretendo afirmar que la religión y las convicciones religiosas y filosóficas deban necesariamente interpretarse como criterios separados, lo que requeriría una argumentación mucho más amplia; sino manifestar que el argumento literal, por sí solo, parece insuficiente para impedir tal interpretación a todos los tribunales que deban aplicar la Directiva o la Carta (incluido el propio TJUE).

3.2. Consideraciones sobre la discriminación directa

Conviene en este punto reflexionar sobre la formulación de la discriminación directa en el artículo 2.2.a de la Directiva. La versión en español define la discriminación directa como el trato menos favorable que recibe una persona, «*por* alguno de los motivos mencionados en el artículo 1» (cursiva añadida), en comparación con otra persona que se encuentre «en situación análoga». Aparecen tres aspectos dignos de consideración: el trato menos



favorable, el elemento de comparación (situación análoga) y la relación entre el trato recibido y los motivos del artículo 1.

Apenas me detendré en analizar el concepto de «trato menos favorable» porque en los casos conflictivos se puede identificar con facilidad cuál es este trato, dado que existe una parte insatisfecha que recurre contra una medida o una norma. Generalmente existirá una perspectiva compartida de lo que es desfavorable: una interpretación restrictiva de la libertad o de la obtención de lucro, por mencionar dos aspectos frecuentes. En el fondo, sin embargo, no se aprecian obstáculos serios para admitir una perspectiva subjetiva en la apreciación de las situaciones «menos favorables», lo que en el fondo se deriva del principio general de libertad: no parece lícito negarle al ciudadano la libertad de considerar más o menos favorable una decisión o una norma. En este sentido, no debería ser labor de los tribunales examinar si una disposición es «menos favorable» o no (lo que puede obedecer a un particular sistema de valores éticos), sino más bien enjuiciar si la diferencia de trato es o no admisible. Esta interpretación subjetivista sería favorable a la admisión del recurso (no necesariamente a su estimación en cuanto al fondo) y, por esta razón, parece la más conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta (*diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice*). Por otra parte, no resulta necesario entrar en más detalles para los efectos de este trabajo, ya que en ningún momento se discute que la prohibición de llevar símbolos religiosos afecte de manera desfavorable a las demandantes en los casos *S.C.R.L.*, *G4S*, *Bouagnaoui*, *WABE* y *Müller Handels*. Así pues, no parece que ni el TJUE ni los tribunales remitentes hayan utilizado el concepto de «trato menos favorable» como argumento para limitar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales o de las demandas originarias.

Por lo que atañe al elemento relevante para la comparación (la «situación análoga»), este constituye uno de los problemas más complejos a los que se enfrentan los ordenamientos jurídicos y, en realidad, cualquier sistema de valores. Definir cuándo dos situaciones resultan merecedoras del mismo tratamiento jurídico y cuándo deberían recibir una respuesta diferente es, además, un problema central del Derecho, al menos desde el punto de vista de la justicia. En



este sentido, se trata también de un problema que afecta de la legitimidad del propio ordenamiento jurídico. Como se dijo más atrás, no es posible dar una respuesta sencilla ni universal a este problema. Y ello nos lleva a destacar la importancia de que los tribunales utilicen una argumentación detallada, exquisita y que, además, se pueda mantener constante durante un cierto período de tiempo (al menos hasta que se detecte un cambio significativo en el sistema social de valores que sustentan el Derecho). Por otra parte, la argumentación judicial debe poseer una vocación pedagógica, dirigida a mantener, en lo posible, la cohesión social. Debe pensarse en la parte perjudicada por la decisión, que, si no obtiene satisfacción sustantiva, al menos debe recibir todas las explicaciones posibles. Se trataría con ello de evitar un nuevo agravio, un silencio que se interprete como indiferencia ante los argumentos del «perdedor». Por eso resulta especialmente criticable que el TJUE recurra únicamente al simple argumento literal para descartar un tratamiento más profundo de los distintos tipos de convicciones, como proponía la abogada general Medina.

En tercer lugar, conviene preguntarse por la relación entre el trato menos favorable y los motivos identificados en la Directiva. En particular, la expresión española «por alguno de los motivos» no parece suficientemente precisa, pues con ella subsistiría la duda de si debe existir una intención inequívoca de diferenciar o si cualquier indicio de relación entre el trato diferenciador y los motivos señalados sería suficiente.

Es posible que el lector se pregunte por el interés de esta disquisición, ya que la directiva recoge también el concepto de discriminación indirecta («desventaja particular» producida por una disposición «aparentemente neutra»). Pero resulta necesario distinguirlas conceptualmente, porque las consecuencias jurídicas son diferentes: la disposición aparentemente neutra con resultado desventajoso se puede admitir si la empresa aporta una justificación suficiente; mientras que el trato desfavorable «por» uno de los motivos, en teoría no. Y, sin embargo, el TJUE tiende a confundir ambas nociones, lo que invita a un esfuerzo por precisarlas.

En efecto, la Directiva no admite justificación alguna para una discriminación directa fundada en la religión o las convicciones. Esta misma consideración



permite afirmar que los comportamientos a los que se refiere la discriminación directa serían más indeseables (más graves) que las prácticas aparentemente neutras pero *particularmente* desfavorables para un grupo religioso en concreto.

Para clarificar el sentido del precepto, se puede recurrir a otras lenguas en las que se publicó el texto oficial de la Directiva. La versión inglesa presenta un grado de ambigüedad parecido a la española: *on any of the grounds* (por cualquiera de los motivos). En italiano, sin embargo, la redacción es algo más clara, al indicar que el trato menos favorable debe producirse *sulla base di uno qualsiasi dei motivi* («sobre la base de uno cualquiera de los motivos»); expresión equivalente a la francesa *sur la base de l'un des motifs*. También resulta más precisa la fórmula alemana: *wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe*. El término *wegen* significa generalmente «a causa de» o, como recoge el prestigioso diccionario Duden, esta palabra «establece una relación causal (*ursächlich*); por razón de, como consecuencia de».

Este análisis parece indicar que, en la discriminación directa, la relación entre los motivos del artículo 1 y el trato menos favorable debe ser estrecha o fuerte. Podría decirse que, para apreciar una discriminación directa, el trato diferente debe aparecer motivado principalmente por la religión o las convicciones del perjudicado. Desde este punto de vista, constituirían discriminación directa aquellos casos en que el trato desfavorable se justifica expresamente con las convicciones del perjudicado.

Pero, por otra parte, también parece posible considerar como discriminación directa todos los casos en los que no se aporta una justificación mínimamente verosímil o en los que la justificación aparece carente de soporte fáctico, a juicio del tribunal competente en cada caso. Un ejemplo podría ser el despido de una trabajadora con hijab que ha tenido buenos resultados con el argumento de que su rendimiento es inferior al deseado. Esto situaría el problema en el plano probatorio, ya que no siempre es fácil demostrar la motivación principal de quien toma una decisión. Por este motivo resulta necesario aplicar una presunción *iuris tantum* de falsedad e invertir la carga de la prueba, de modo que sea la empresa la que demuestre que tiene una razón legítima para tratar a un trabajador de manera desfavorable.



Como se comprende, la figura de la discriminación directa resulta insuficiente para evitar los tratos desfavorables por razones de religión o convicciones, pero también por los demás motivos recogidos en la Directiva. En efecto, en el ámbito laboral o empresarial, es insólito que las decisiones perjudiciales se presenten abiertamente como fruto de la pertenencia religiosa del perjudicado, de su edad, de su discapacidad o de su orientación sexual. Más frecuente será que se enmascare el verdadero motivo con alguna otra razón aparentemente plausible, y aquí, como se ha dicho, resulta esencial la inversión de la carga de la prueba, que debería corresponder a la empresa. Pero estas situaciones no son las únicas en las que puede operar la discriminación por razones de religión, convicciones, etc.

La prohibición de discriminación directa, de este modo, se revela especialmente útil frente a decisiones de alcance individual o singular, donde la inversión de la carga de la prueba sería, por lo general, suficiente para proteger los intereses de la persona perjudicada.

En el caso *S.C.R.L.*, el órgano remitente había preguntado si el reglamento interno de la empresa constituía una discriminación *directa*. El TJUE se mantuvo en esa vía argumental y se limitó a constatar que el reglamento interno de la empresa prohibía toda manifestación religiosa y que no constaba que se hubiera aplicado de manera diferente en otros casos distintos del de la recurrente. Por ese motivo, la respuesta a la segunda cuestión prejudicial fue exclusivamente que una norma interna de la empresa puede prohibir a los trabajadores todo signo y prenda religiosos si lo hace de forma general e indiferenciada.

3.3. La discriminación indirecta. En especial, la neutralidad religiosa como justificación de la desventaja particular

Si la discriminación directa resulta aplicable sobre todo ante decisiones que afectan a individuos singulares, la discriminación indirecta parece necesaria para evitar sesgos en normas generales aparentemente inocuas («neutras»).



Los elementos de la discriminación indirecta en la Directiva son los siguientes: en primer lugar, una disposición, criterio o práctica *aparentemente neutros*; en segundo lugar, que esta disposición cause una *desventaja particular* a personas con una religión o convicción, etc. respecto de otras personas; en tercer lugar, que la disposición no pueda «*justificarse objetivamente con una finalidad legítima*» y que los medios para conseguir esa finalidad no sean «adecuados y necesarios».

Así pues, la discriminación indirecta se aplica cuando la posible desventaja es consecuencia de una *práctica o disposición aparentemente neutra*. En caso de que la práctica no sea neutra, sino que se justifique expresamente con alguno de los motivos de la Directiva, entonces se ubicaría sin dificultad en el ámbito de la discriminación directa. Así pues, la discriminación indirecta parece aplicable a situaciones en que la norma o práctica controvertida no identifica un factor de diferenciación, como las convicciones o la religión, sino que trata *por igual* a todos los potenciales afectados. Lo cual conecta con la interpretación del segundo elemento, la desventaja particular que se produce a las personas con determinadas convicciones religiosas.

Como ya se explicó al examinar el *trato menos favorable* propio de la discriminación directa, desde el punto de vista procesal parece inadecuado interpretar la expresión *desventaja particular* en un sentido limitativo del derecho a un recurso efectivo. De acuerdo con ello, en principio deberían admitirse a trámite las demandas o recursos que aleguen dicha desventaja particular, salvo que resulte absolutamente evidente su falta de fundamento. Sin embargo, no parece necesario reiterar lo expuesto más atrás y por ello me centraré en la dimensión sustantiva de este elemento.

Al valorar cuándo una práctica o disposición supone una desventaja particular para los individuos con ciertas convicciones religiosas, resulta necesario afrontar el difícil problema de la «comparabilidad» entre dos situaciones concretas. Como se manifestó al tratar de la discriminación directa, este es uno de los problemas más complejos desde el punto de vista normativo. A pesar de ello, el TJUE opta por una solución más bien simple. En efecto, acudiendo a la sentencia del caso *S.C.R.L.*, la interpretación de la Directiva solo concede importancia a la



comparabilidad *externa* o *aparente*, al menos por lo que respecta a los símbolos religiosos. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo razona de este modo:

[...] no se alega que S.C.R.L. no haya aplicado el reglamento laboral controvertido en el litigio principal de manera general e indiferenciada o que la demandante en el litigio principal haya sido tratada de manera diferente a cualquier otro trabajador que haya manifestado su religión o sus convicciones religiosas o filosóficas mediante el uso visible de signos, de prendas de vestir o de cualquier otro modo.

Ciertamente, la Directiva no toma en consideración las motivaciones subjetivas de los destinatarios, como la obligatoriedad de un comportamiento por razones religiosas frente a su mera conveniencia o su voluntariedad. Lo cual adquiere gran importancia en el caso concreto del hiyab, ya que muchas mujeres portadoras consideran que se trata de una obligación individual de tipo ético, que refleja el compromiso y la integridad de la mujer creyente.

Sin embargo, en una construcción alternativa, el concepto de *desventaja particular* podría funcionar como corrector de la rigidez inherente a la «aparente neutralidad» de la práctica o disposición controvertidas. En relación con ello, sería interesante profundizar en la singularidad de las convicciones religiosas para identificar el sentido profundo de las conductas que se consideran problemáticas. Soy consciente de lo arriesgado recurrir a la singularidad de las convicciones religiosas como argumento para defender un trato diferente, ya que las concretas manifestaciones de estas convicciones pueden ser extraordinariamente variadas. Pero las convicciones religiosas no equivalen a cualquier deseo o preferencia subjetiva, sino que, como ha expuesto con claridad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las convicciones presentan «cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, cohesión e importancia». Por lo demás, resulta posible identificar una especial tendencia a que la discriminación de tipo xenófobo se manifieste en contra las mujeres musulmanas, en comparación con los hombres musulmanes o con otros grupos de distintos orígenes.

La interpretación del TJUE, sin embargo, aboca a una escisión o fractura en la vida de la musulmana que lleva hiyab normalmente en todas las situaciones



pero que, cuando llega a su lugar de trabajo, debe retirarlo por obligación. Ello puede tener un efecto demoledor tanto desde el punto de vista de sus propias convicciones como para la consideración que esta mujer merezca en su entorno social. Así pues, para admitir una intromisión de tanta intensidad en las convicciones religiosas, parecería necesaria una justificación muy rigurosa y detallada. Esta idea enlaza con el tercer elemento de la discriminación indirecta, como es la *inexistencia de justificación* para la desventaja particular.

De acuerdo con este tercer elemento, si la práctica o norma controvertida pudiera «justificarse objetivamente con una finalidad legítima» y con «medios [...] adecuados y necesarios», entonces no podría calificarse como discriminación indirecta. Como se manifestó en el apartado 3.a, las limitaciones a los derechos fundamentales deben obedecer a valores jurídicos de la máxima relevancia y su ponderación no puede realizarse de manera abstracta ni apresurada. En efecto, tanto la libertad religiosa como la más concreta libertad de manifestar la religión son derechos fundamentales recogidos en el artículo 10 de la Carta, como también se estudió.

En el caso *S.C.R.L.*, el TJUE realiza un examen superficial de la legitimidad de la justificación y de la proporcionalidad de los medios, como analizaré a continuación. Además, el Tribunal evita trasladar su razonamiento a los puntos dispositivos, lo que resulta especialmente preocupante.

En primer lugar, me referiré al aspecto de la legitimidad de las justificaciones. En el caso *S.C.R.L.*, el Tribunal considera suficiente el deseo abstracto del empresario de ofrecer una imagen neutra en el mercado:

[...] el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, supuestamente, van a estar en contacto con sus clientes (punto 39, que reitera un argumento utilizado en la sentencia de *WABE y Müller Handels*).

No obstante, resulta difícil compartir que, en principio, cualquier empresa, sin importar el sector económico, pueda tener un interés legítimo en ofrecer



una imagen de neutralidad a costa de las convicciones religiosas de sus trabajadores.

Interpretar que el principio de neutralidad puede ser parte de la libertad de empresa en cualquier circunstancia (esto es, con independencia del sector económico y del concreto mercado en que la empresa compite) resulta un argumento peligroso. En efecto, con una justificación tan sencilla como un abstracto *deseo de neutralidad religiosa*, toda empresa podría aprobar normas generales que, con una apariencia inocente, estuvieran perfectamente concebidas para excluir «limpiamente» a ciertos grupos o bien imponerles una asimilación cultural. Con ello se lograría erradicar la identidad grupal de la vida pública, o, utilizando la terminología de Aranguren, se conseguiría una negativa des-identificación del individuo. En lugar de la originaria identidad grupal, a ese individuo se le impondría una nueva identidad colectiva denominada «neutra», pero en realidad derivada de los intereses del grupo o clase dominante. En este sentido, como afirma Bourdieu, «los «problemas» políticos (como todos los problemas filosóficos, religiosos, etc.) existen en y por la relación entre dos o más grupos políticos antagonistas». Precisamente por este riesgo se consideró necesario elaborar el concepto de discriminación indirecta. Esta concepción, se insiste, menosprecia la importancia subjetiva del hiyab, que obedece, como es evidente, a las convicciones religiosas que deben proteger la Directiva y la Carta. Con este razonamiento, el TJUE trata por igual a quien no tiene convicciones religiosas (o a quien no las manifiesta porque no experimenta la obligación moral de hacerlo) y a quien sí se encuentra profundamente comprometido con dichas convicciones, que es la cuestión crítica a la que aludía el tribunal remitente del caso *S.C.R.L.* con su tercera cuestión prejudicial.

Para evitarlo, la imposición de la neutralidad debería admitirse solo por razones sustancialmente equivalentes a las que permitirían seleccionar a los trabajadores en función de sus convicciones religiosas. Es decir, cuando la actividad misma de la empresa o los clientes que se intenta atraer tuvieran una clara orientación sobre el fenómeno religioso (ya fuera una orientación confesional o laica). Este sería el caso de organizaciones religiosas, escuelas o centros de educación con un ideario educativo determinado (expresamente



laico o expresamente religioso), o empresas en las que, por las razones que fueran, la cartera (existente o pretendida) de clientes tuviera un carácter ideológico determinado. En el resto de casos, imponer a los trabajadores la neutralidad religiosa parece tan ilegítimo como imponerles una determinada confesión religiosa.

El juicio sobre la concreta necesidad de imponer la neutralidad se deja para un segundo momento argumental, como es la proporcionalidad de los medios (segundo aspecto que debe examinarse para decidir si la justificación de la desventaja es aceptable). En relación con ello, en el caso *S.C.R.L.* el TJUE se limita a afirmar de manera general que el deseo de neutralidad de la empresa no es suficiente para justificar la limitación de la libertad religiosa, «ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a este demostrar» (punto 40). Con ello se invierte la carga de la prueba y se obliga al empresario a justificar los problemas que un régimen de «diversidad» le podría acarrear, lo cual parece correcto y adecuado en general.

Pero el problema se encuentra en el orden de prioridades que emana de la argumentación. Y es que, en principio, subsiste la idea de que la neutralidad es intrínsecamente deseable, como si fuera un principio constitutivo de la Unión Europea y no un patrón cultural surgido de unas clases sociales cuya religiosidad ha pasado a un nivel muy secundario de importancia, hasta el punto de recelar de quienes experimentan los sentimientos religiosos con profundidad. Unas clases sociales que posiblemente sean mayoritarias, pero que no por esa razón ostentan el derecho a imponer sus particulares convicciones a las demás. Porque el principio de «neutralidad religiosa» no es un fundamento de la Unión Europea, a diferencia del valor «libertad», que expresamente mencionan los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la UE. El valor de la libertad se concreta por la Carta en su catálogo de derechos fundamentales, entre los cuales se proclama la libertad religiosa, como ya se dijo.

Otra razón para limitar el alcance de la neutralidad se relaciona con la valorización de la diversidad cultural (pluralismo), que es un elemento definitorio del Estado constitucional y, en el caso de la Unión Europea, se



recoge en el Tratado referido: «La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural» (art. 3.3 TUE). Esta diversidad conlleva de manera inevitable la mutabilidad del sustrato social. De este modo, la igualdad exige que quienes han de aplicar el Derecho presten atención a la evolución de la sociedad. En las sociedades europeas, la religión musulmana existe con naturalidad, y, como parece evidente, ni el poder del Estado ni menos aún la Unión Europea podrían legítimamente oponerse a ello.

De acuerdo con estos razonamientos, un deseo abstracto de neutralidad en la empresa es un argumento equivalente a un abstracto deseo de confesionalidad. Ninguno de ellos puede ser suficiente para limitar un derecho a la libertad, sino que ambos deberían vincularse a unas necesidades muy concretas de la empresa. Como se mencionó, la sentencia del caso *G4S Secure Solutions* ya concebía el argumento abstracto de la neutralidad como justificación suficiente para limitar los símbolos religiosos. Por el contrario, en el caso *WABE y MH Müller Handels*, el TJUE declaraba con rotundidad que la empresa debe «acreditar la necesidad [de la neutralidad], basándose en las expectativas «legítimas» de sus clientes o usuarios y en las consecuencias desfavorables que la empresa sufriría sin el régimen de neutralidad» (punto dispositivo tercero).

En el caso *S.C.R.L.*, sin embargo, el TJUE incurre de nuevo en una criticable ambigüedad, ya que el juicio de proporcionalidad (la justificación concreta de que la neutralidad es necesaria) no se traslada a los puntos dispositivos de dicha sentencia. Con ello se rebaja la importancia del deber empresarial de justificación y, por lo que respecta al caso concreto, se dificulta entender con claridad en qué términos ha de resolver el juez nacional.

3.4. La discriminación indirecta «desactivada» por el TJUE desde el año 2021. Una propuesta técnica

En el apartado 3.a de este trabajo se reflexionó sobre la discriminación *directa*. En relación con ello, la Directiva no requiere una intención subjetiva de



discriminar (como era propio en la definición tradicional de la discriminación directa), sino un trato desfavorable «basado en» las convicciones religiosas. Por otra parte, la discriminación *indirecta* se refiere a una práctica *aparentemente* neutra que, sin embargo, ocasiona una desventaja particular a los trabajadores con determinadas convicciones religiosas.

Si la Directiva hubiera utilizado la intención como elemento definitorio de la discriminación directa, los problemas de prueba hubieran sido mayores, ya que siempre es difícil acreditar de modo fehaciente las motivaciones que animan una decisión. Pero al abandonar la intención y sustituirla por la expresión «sobre la base de» (o «por», en la versión oficial española), la Directiva atenúa la distinción con la discriminación indirecta. Esto puede traer dificultades interpretativas, como la confusión entre los dos tipos de discriminación. Y una confusión dogmática es un grave riesgo para cualquier tribunal, cuya autoridad se construye en buena medida por la calidad de la argumentación. Ello resulta especialmente problemático para un órgano supranacional como el TJUE, que debe convencer a veintisiete Estados muy diversos en términos culturales y religiosos.

La sentencia de *G4S Secure Solutions* (de 14 de marzo de 2017) sí mantenía con rigor la distinción entre discriminación directa e indirecta. Por lo tanto, la crítica a esta sentencia se funda en la incondicionada aceptación de la neutralidad religiosa como parte de la libertad del empresario, sin exigir una justificación concreta de los riesgos económicos que esa medida pretendería evitar.

La confusión entre la discriminación directa y la indirecta parece empezar con el asunto *Hospital Clínico Babiński* (sentencia de 26 de enero de 2021). En efecto, en esta sentencia se califica una situación al mismo tiempo como discriminación directa y como discriminación indirecta, conclusión que parece cuestionable porque una práctica no puede basarse en la discapacidad y al mismo tiempo ser «aparentemente neutra». El TJUE declara que, si el empresario conocía necesariamente la situación de discapacidad, la diferencia de trato podría constituir una discriminación directa. Con ello omite valorar las razones que fundamentan la distinción y desnaturaliza la discriminación



directa. Al mismo tiempo, el Tribunal afirma que, aunque la práctica fuera «aparentemente neutra», constituiría una discriminación indirecta si se comprueba que ocasiona una desventaja particular a trabajadores con una discapacidad ostensible o que necesitan de ajustes razonables. La confusión en este caso concreto no fue excesivamente grave porque el Tribunal declaró que la prohibición era discriminatoria y protegió los intereses de los perjudicados. No obstante, al desnaturalizar la discriminación directa, el Tribunal inadvertidamente comenzaba a erosionar la operatividad de la discriminación indirecta.

Algo parecido sucede en el caso de *Müller Handels* (sentencia de 15 julio de 2021). En esta sentencia, el Tribunal declara que la prohibición de llevar símbolos vistosos y de gran tamaño es una discriminación *directa*. Pero la calificación no parece adecuada porque la prohibición no se dirigía exclusivamente a las trabajadoras con hiyab, sino que también hubiera sido aplicable a un crucifijo de ciertas dimensiones, a una kipá judaica o a cualquier otro símbolo religioso vistoso. De este modo, el TJUE confundió la relación estrecha entre las convicciones y el trato desfavorable (que sería el elemento definitorio de la discriminación directa) con el ámbito objetivo de la medida (que se limite a ciertos símbolos, como aquellos «vistosos y de gran tamaño»). De nuevo, el Tribunal protegía a las víctimas en el caso concreto. Sin embargo, al calificar como discriminación directa un caso de discriminación indirecta, profundizaba en la desnaturalización de esta última figura.

En el caso *S.C.R.L.*, el TJUE aplica este mismo razonamiento, pero las consecuencias son mucho más problemáticas que en las sentencias anteriores. En efecto, al constatar que la prohibición en esta empresa afectaba a todo signo o prenda de vestir con connotaciones religiosas (y no solo a los de gran tamaño), la conclusión es que no hay discriminación directa. Lo cual es correcto en sí mismo. Pero en los puntos resolutivos se omite la referencia a la necesidad de comprobar si esa práctica perjudica especialmente a las mujeres musulmanas, quienes, a diferencia por ejemplo de los católicos, a menudo experimentan el hiyab como una obligación moral individual. La desactivación de la discriminación indirecta que se había fraguado en los casos *Hospital*



Clínico y Müller Handels surte ahora sus efectos perniciosos. Y paradójicamente, dos sentencias con una concepción de fondo sustancialmente igual (*Müller Handels* y la más reciente *S.C.R.L.*) proporcionan respuestas aparentemente distintas sobre el hiyab.

Estas dificultades se evitarían con una diferenciación precisa entre la discriminación directa y la indirecta. Así pues, conviene formular una propuesta basada en la construcción de los apartados 3.b y 3.c.

Dejando de lado la intención, en el apartado 3.b propuse considerar como discriminación directa los casos en que se detecte una relación *estrecha o fuerte* entre las convicciones religiosas del perjudicado y el trato desfavorable que recibe (cuando el trato desfavorable se justifique expresamente por las convicciones religiosas o cuando no se mencione otra justificación, o esta no sea mínimamente verosímil). Estos casos tendrán normalmente una repercusión estrictamente individual.

Según la propuesta que aquí se hace, los demás casos en que una persona con determinadas convicciones religiosas sufra un trato desfavorable o una desventaja particular deberían analizarse con el esquema de la discriminación indirecta: si la empresa (al tomar su decisión) aporta una justificación verosímil, entonces se trataría de prácticas *aparentemente* neutras. Las prácticas aparentemente neutras son más difíciles de identificar como actos de discriminación y por eso es importante analizarlas con precisión.

Así, ante una desventaja que afectara a personas de determinada religión, la empresa debería acreditar una necesidad muy concreta de adoptar una decisión perjudicial (como imponer una política general de neutralidad religiosa). Esta necesidad debería ser cualificada: un riesgo económico directo e incluso, como se desprende indirectamente de la sentencia de *Bougnaoui*, un riesgo de cierta entidad, más grave que el simple deseo de no desagradar a un cliente concreto. En todo caso, ello no parece incompatible con una prohibición incondicionada de realizar proselitismo en el entorno de trabajo, algo que no puede vincularse al solo hecho de portar un símbolo individual.

Por lo demás, tanto en la discriminación directa como en la indirecta, la carga de probar una justificación legítima debería corresponder a quien detenta



el poder de decisión (la empresa), que tendría más facilidad que el trabajador para demostrar una razón distinta de las convicciones religiosas.

4. Hacia una crítica de las identidades institucionales

Expuesto el problema técnico de la confusión entre discriminación directa e indirecta, a continuación trataré de esbozar una crítica de la idea de identidad institucional.

En los casos relativos al hiyab que se han analizado, se revela una tensión entre el principio de neutralidad religiosa de las organizaciones (privadas) y distintos valores en los que se funda la Unión Europea: la igualdad, la libertad o el pluralismo, por mencionar los más arraigados en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

En estos casos, proyectar la neutralidad institucional religiosa sobre los ciudadanos que trabajan en una empresa equivale a imponerles una cesura radical entre su vida privada y su vida pública. Esta concepción olvida que los símbolos religiosos individuales no son símbolos institucionales, lo que quiere decir que no comprometen a nadie más que a quien los exhibe. Y con carácter general, no corresponde a los poderes públicos valorar dicho compromiso individual.

Por otra parte, el prejuicio que alimenta el rechazo al hiyab olvida también que la tradición europea ha admitido, y admite aún hoy, atuendos que cubrieran el cabello (o incluso el rostro) en numerosas situaciones, tanto con connotaciones religiosas como sin estas connotaciones. Así, por ejemplo, en las ceremonias matrimoniales católicas no es inusual que la prometida se cubra el cabello; por otra parte, casi todas las vestimentas folklóricas tradicionales incorporan una u otra forma de tocado femenino y, en la vida cotidiana, sobre todo en el ámbito rural, las mujeres europeas también han utilizado con normalidad un pañuelo para cubrirse el cabello. Hasta hace poco más de un siglo, además, era frecuente que algunas mujeres se cubrieran incluso el rostro en eventos sociales con afluencia de público, como recogen distintas



manifestaciones artísticas: en la ópera, entre otros ejemplos, pueden mencionarse *Un ballo in maschera*, de G. Verdi, o *El Murciélagu (Il Pipistrello)*, de J. Strauss, estrenadas respectivamente en 1859 y 1874.

En el fondo, el rechazo al hiyab refleja el arraigo de un discurso político, y jurídico, que exalta las identidades institucionales. Un discurso que ha llegado a permear el Derecho primario de la Unión Europea, cuando el Tratado de la UE determina que la Unión respetará la «identidad nacional» de los Estados miembros, terminología que parece innecesaria para decretar el respeto a la organización política y constitucional de los propios Estados. Desafortunadamente, parece olvidarse que el discurso de las identidades tiene siempre un sustrato irracional. Irracionalidad que, en el caso de las identidades institucionales, puede desplegar un enorme potencial segregador y destructivo. En concreto, la manifestación nacionalista de la identidad institucional (en este caso aplicada a los Estados) se encuentra en el origen de dos guerras de alcance mundial y, más recientemente, en la justificación del Gobierno ruso para invadir militarmente Ucrania. Ideas que, en todo caso, sobrepasan el propósito del presente trabajo, pero que han sido objeto de un magistral estudio de N. Magaldi, titulado «El nacionalismo es la guerra».

A modo de conclusión, cabe sintetizar la argumentación de este trabajo en las siguientes ideas. Si el discurso de las identidades resulta siempre peligroso, reconocer de modo general un derecho de las organizaciones a dotarse de una identidad religiosa (ya sea la neutralidad, ya sea la confesionalidad) suscita una tensión con los valores del pluralismo y la libertad. Esta afirmación no impide defender que el espacio de trabajo no debe ser un lugar de proselitismo ni de disputas religiosas, objetivos perfectamente legítimos para los cuales, sin embargo, no es necesario prohibir todo símbolo religioso (principio de proporcionalidad).

De este modo, la identidad religiosa de las organizaciones sería admisible, por una parte, como garantía institucional de derechos individuales (iglesias o colegios con un ideario específico). Por otra parte, en el caso de las sociedades con ánimo de lucro, la decisión empresarial de adoptar una identidad religiosa (incluyendo la neutralidad) debería justificarse por el riesgo *concreto* de un



perjuicio económico significativo. Con ello, en definitiva, se trata de evitar que la libertad de empresa se convierta en una herramienta para imponer las convicciones mayoritarias a las minorías.

Bibliografía

R. ALONSO GARCÍA, D. SARMIENTO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid 2006.

J.L. ARANGUREN, *Sobre imagen, identidad y heterodoxia*, Ed. Taurus, Madrid 1981.

N. BOBBIO, *Igualdad y libertad*, Ed. Paidós, Madrid, 1993 (trad. P. Aragón; orig. *Eguaglianza*, en *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, pp. 355-364).

P. BOURDIEU, *La distinction*, Ed. Minuit, Paris, 1979.

E. COBREROS MENDAZONA, *Discriminación por indiferenciación. Estudio y propuesta*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», n. 81, 2007, pp. 71-114.

J.M. CONTRERAS MAZARÍO, *El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico*, en «Revista de Derecho Comunitario Europeo», n. 57, 2017, pp. 577-613.

R.A. DROOGSMA, *Redefining Hijab: American Muslim Women's Standpoints on Veiling*, en «Journal of Applied Communication Research», vol. 35, n. 3, 2007, pp. 294-319.

L. FERRAJOLI, *Principia iuris. I. Teoría del derecho*, Ed. Trotta, Madrid 2016 (Trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, L. Prieto Sanchís, M. Gascón, J. C. Bayón).

K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1999 (20ª ed.).

N. MAGALDI, *El nacionalismo es la guerra. Una explicación contextual de la situación en Cataluña*, en «Democrazia e Sicurezza», n. 3, 2017, pp. 3-33.

M.J. MONTORO CHINER, J.M. ALEGRE ÁVILA, *Música, Derecho y epidemia: dietario de un ritornello que no cesa*, Barcelona, Atelier 2022.

S.A. MRAYAN, A.I. SALEH, *Not Without Their Hijab: Being a Muslim Female Student at A Mid-Southern University*, en «International Journal of Sociology of Education», vol. 5, n. 3, 2016, pp. 244-267.

N. MUSTAFA, *Muslim Women don't need saving. Gendered Islamophobia in Europe*, Transnational Institute, Amsterdam 2020.

E. PASCUAL LLANOS, *El hijab*, en «Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones», n. 20, 2015, pp. 165-191.



S. PÉREZ ÁLVAREZ, *Marco costituzional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?*, en «Foro, Nueva época», n. 13, 2011, pp. 139-187.

T. RAMADAN, *Mi visión del Islam occidental*, Ed. Kairós, Barcelona 2011 (Trad. de D. González Raga y F. Mora); esiste traduzione al italiano con el título *Islam e libertà*, Einaudi, Torino 2010.

E. ROBLES-MATEO, L. TAOUATI-LAMCHACHTI, *El velo islámico durante tiempos de COVID-19. Análisis sobre la representación de la mujer con hiyab en la prensa digital española durante las cinco olas del coronavirus*, en «Razón y palabra», n. 113, 2022, pp. 245-263.